

EL JUICIO POR JURADOS COMO GARANTÍA DE LA CONSTITUCIÓN

ELISABETH SARUHL HEMBLER¹

I. EL DEBATE ACERCA DEL CARÁCTER DE GARANTÍA DE LAS NORMAS SOBRE EL JURADO

Las garantías se reconocen, en el Derecho Constitucional, como prerrogativas que se ejercen frente al Estado para asegurar el goce de los derechos subjetivos. Estos últimos, a diferencia de aquellas, son oponibles no sólo frente al Estado sino también *erga omnes*. Ambos, garantías y derechos, integran la parte llamada dogmática de los textos constitucionales y constituyen una característica del constitucionalismo clásico, surgido a fines del siglo XVIII, cuyo rasgo distintivo es la finalidad de limitar al Estado y dar seguridad al individuo frente a él². En la Constitución Nacional argentina están incluidos en la primera de las dos partes en que se divide el texto, designada precisamente: "Declaraciones, derechos y garantías".

El juicio por jurados aparece referido en la segunda parte del texto constitucional, designada "Autoridades de la Nación", donde se establece que es atribución del Congreso dictar las leyes necesarias para su implantación (art. 75, inc. 12) y que es ése el modo en que deben concluir los juicios criminales ordinarios (art. 118). Pero la referencia se encuentra también en la primera parte, la ya mencionada concerniente a declaraciones, derechos y garantías. El art. 24 proclama que "El Congreso promoverá... la implantación del juicio por jurados" y en textos de Derecho Constitucional se trata el tema bajo la rúbrica de los derechos y las garantías³. La disyuntiva que

¹ Profesora titular en el Departamento de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

² Véase para el tema de BUONICCONTI, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, Editor, Buenos Aires, (a. 2002)11.

³ Es lo que ocurre, por ejemplo, en la obra de ELIASSON, Miguel Á., *Tratado de Derecho Constitucional*, t. I, p. 745, en que se trata el juicio por jurados en el capítulo "Otras garantías", aunque tal se alcanza a comprender por qué se lo incluyó entre aquellas que deben inferirse del texto de la Constitución por su estar expresamente consagradas.

surge y que, por supuesto, no hubo necesidad de dilucidar mientras está y sigue estando pendiente el cumplimiento de esas normas, es si se impone con ellas una garantía que resguarda el derecho a ser juzgado, como solía decirse, "por sus pares", o si se trata de una estructura organizativa de las autoridades que ejercen el poder jurisdiccional. Como consecuencia se discute también si cabe declinar del derecho que asiste a cada uno, de ser juzgado con determinada forma de integración del tribunal, o si es obligatorio sujetarse a un modo de ejercicio de la autoridad que incumbe colectivamente a la soberanía popular.

La agnate ociosidad de la polémica resultó desmentida hace relativamente poco tiempo al surgir un cuestionamiento de ciertas reformas del proceso penal, las concernientes al juicio abreviado que, pese a ser ajenas al tema en sí, y a persistir el cómodo desentendimiento del mandato constitucional, suscitó plásteos referidos al alcance de las disposiciones en cuestión. Tuve ocasión de participar en el debate abogando por la primera alternativa, es decir, atribuir al juicio por jurados el carácter de un derecho garantizado a cada uno y, por ende, renunciable, en la nota intitulada: "El juicio por jurados: ¿derecho u obligación?" publicada en la revista *El Derecho* y en la obra colectiva *El juicio por jurados en el proceso penal*⁴. En aquella ocasión me hice cargo de la jurisprudencia del máximo tribunal norteamericano acerca de la interpretación del texto constitucional que es antecedente del nuestro, el art. III de la Constitución de los Estados Unidos que, a semejanza del actual art. 118, CN (antes de la reforma de 1994, art. 102), añade a que "todos los juicios criminales" se lleven a cabo por jurados, y la enmienda VI de la carta estadounidense que, si bien no tiene parangón en nuestro texto, aclara que se trata de un derecho que asiste a quien es acusado criminalmente. La cuestión desembocó en referencias históricas que puntalicé en esa oportunidad, recordando la coerción empleada en la Inglaterra medieval para obligar a aceptar el jurado, contrastándola con el reclamo dirigido por los colonos norteamericanos al rey Jorge III, del jurado como "beneficio", que es la que inspiró la independencia de los Estados Unidos y el texto de la Constitución que es antecedente de la nuestra. En lo que sigue trataré de aportar nuevos datos que enriquecen y también, en parte, aclaran mejor esa referencia.

⁴ ED 103-1115/1196. *México*, Julio B. J. - *Historia, Economía y otros. El juicio por jurados en el proceso penal*, Ad-Mex, Buenos Aires, 2000, pp. 231/235.

II. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La investigación de los hechos sociales presenta una dificultad al historiador inadvertido: la de las tergiversaciones que, inevitablemente, suceden en el devenir de los acontecimientos que se constituyen en costumbres de la sociedad y que hacen que éstas varían como tales cuando la idea originaria y el sentido que tuvieron en un comienzo se ha perdido o vuelto anacrónico. La observación pertenece a Ortega y Gasset y tiene clara aplicación en el historial del juicio por jurados, según tuve ocasión de advertirlo en la obra que publicaremos con Ricardo Cavallero *Justicia y participación: el juicio por jurados en materia penal*⁵, lo mismo que en el ya recordado artículo "El juicio por jurados ¿derecho u obligación?". La indagación, de todos modos, de los antecedentes remotos de una institución es imprescindible para entender su verdadero significado aunque, fuerza es reconocerlo desde ahora, no es válido derivar de ella un argumento concluyente en pro o en contra de ese significado, ya sea el originario, el actual o cualquiera de los surgidos en el tiempo.

Con esa salvedad es del caso recordar, en primer término, el antecedente del derecho romano. Mommsen describe el procedimiento ante el magistrado y los comicios explicando que la sentencia del primero, que podía imponer la pena de muerte o una multa, era susceptible de impugnación por el condenado oponiéndose éste a la ejecución de la pena mediante una apelación a la decisión última de la ciudadanía⁶. Está claro, entonces, que esa modalidad de participación ciudadana era un derecho que podía o no ser ejercitado por aquel en cuyo favor se encontraba establecido. El dato resulta corroborado con otra observación del mismo autor que refiere que muchas leyes romanas contemplaban una petición dirigida a los magistrados en general para que impusieran multas a los autores de hechos punibles, excediendo sus facultades coercitivas, de manera de permitir que el sancionado ejercitara el derecho de provocación a la ciudadanía⁷. La investigación histórica de un autor más reciente, Bernardo Santalucia, apunta que el derecho de provocar la intervención del pueblo contra una medida represiva es anterior, inclusive, a la antiquísima *Ley de las Doce Tabas*⁸. Se trataba

⁵ Cavallero, Ricardo J. - Hendler, Edmundo S. *Justicia y participación: el juicio por jurados en materia penal*. Universidad Buenos Aires, 1988, p. 250b.

⁶ Mommsen, Theodor, *Derecho penal romano*. (edip., Torino, Bepati, 1961), p. 113.

⁷ Mazzaghi, T. *Democrito...*, cit. p. 112.

⁸ Santalucia, Bernardo, *Derecho e proceso penal nell'antica Roma*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 34.

de un derecho, dice este autor, que sólo pertenecía a los ciudadanos, no a los extranjeros ni a los esclavos.⁹

Más allá del derecho romano, una indagación muy completa es la efectuada por John P. Dawson, publicada en 1960 con el título *A history of lay judges (Una historia de los jueces legos)*¹⁰ en la que, después de analizar los antecedentes de Grecia y Roma y las transformaciones de las prácticas en Francia, Alemania e Inglaterra a partir de la Edad Media, se plantea el interrogante acerca de las razones que explican la participación popular en la justicia. Aunque la primera alternativa que propone es de orden político —se trata de una cuestión vital de organización de la comunidad— sugiere también una explicación de índole sociológica: la mejor aceptación por los litigantes del juzgamiento por quienes son sus pares a la que le encuentra raíces en Roma en el procedimiento pretoriano de la República tendiente a restringir las atribuciones de los magistrados. La otra observación de interés es que el “juzgamiento por los pares” tiene que ver con el sistema feudal y con el derecho de los vasallos de ser juzgados por otros vasallos, especialmente en disputas con el señor feudal, o sea que la cláusula 39 de la Carta Magna de 1215 no era, como muchos creíamos, una prerrogativa reservada sólo por los barones del reino sino por todos los “hombres libres” (*freemen*). Entiende Dawson que esa característica, aunque originariamente no tenía que ver con el juicio por jurados, siempre significó una restricción al poder real y eso es lo que sirvió, siglos después, para convertirla en un símbolo de libertad frente a la opresión. Cita la obra de un tal Keency, *Judgment by Peers*, quien había demostrado que la famosa cláusula no procuraba abarcar toda clase de litigios privados sino que se refería especialmente a pleitos entre el rey y los súbditos. Con ese antecedente, y aun cuando Dawson no toma partido en la disyuntiva que nos interesa, parece claro que el histórico documento sólo pudo dar fundamento a un derecho individual frente a la autoridad.

El derecho común de Inglaterra es, de todos modos, en miras al texto de nuestra Constitución, el antecedente histórico más significativo. De él surgió, por un lado, la Constitución de los Estados Unidos, fuente de inspiración de la nuestra. Por otro lado, también influyó en la reforma de las leyes de procedimiento prohibidas por la Revolución Francesa que hubrían de tener, a la vez, influencia, directa o indirecta, en nuestras leyes de procedimiento. Es indudable que el jurado norteamericano, lo mismo que el francés, imitado por varios países europeos —al menos en sus comienzos— tienen paren-

⁹ Suetonio, *Historia*... cit., p. 5253.

¹⁰ Dawson, John P., *A history of lay judges*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1960.

testo con el consuetudinario *custom law* de Inglaterra. De allí que conven- ga prestar alguna atención, brevemente, a sus ancestros, ya explicados en la obra *Justicia y participación* y expigados igualmente en el artículo "El juicio por jurados: ¿derecho u obligación?".

La práctica de los combates o duelos judiciales como mecanismo para disminuir los litigios fue llevada a Inglaterra con la conquista normanda en el siglo XI. Para superar los inconvenientes y los riesgos de esa práctica evitando que los denunciantes tuvieran que enfrentar el combate, y para favorecer la centralización de autoridad por los monarcas, fue creado el sistema de las "encuestas" que en el continente europeo habría de desembocar en el establecimiento del sistema inquisitivo de procedimiento y que en el territorio insular dio lugar a una práctica diferente. La encuesta era confiada en Inglaterra al vecindario de cada comarca y era la asamblea de esos vecinos la que "presentaba" ante los funcionarios reales itinerantes a las personas sospechadas de cometer delitos. Al desaparecer otras formas de ordalía por órdenes de la iglesia de Roma del año 1215 —antiguamente eran respaldadas por los sacerdotes católicos—, los funcionarios ante los que se presentaban las denuncias tuvieron que acudir al testimonio de los mismos vecinos para decidir sobre la culpabilidad o inocencia de los denunciados. Como la imparcialidad de esos vecinos, que habían sido los denunciantes, era obviamente cuestionable, en muchos casos los funcionarios reales ampliaban el número de ellos acudiendo a los de otras localidades. Recién en 1352 y a raíz de las protestas de los "comunes" se estatuyó concretamente el derecho de los acusados a recusar a quienes hubieran formado parte del conjunto de los presentantes de la denuncia. Eso condujo a la distinción de las dos especies de jurado: el *Grand Jury* o Gran Jurado o jurado de acusación y el *Petty Jury* o Pequeño Jurado o jurado de enjuiciamiento. Hacia 1376 se generalizó la costumbre de integrar el primero con veintitrés personas que decidían por mayoría la formulación de la acusación, y el segundo con doce personas de las que se requería un veredicto unánime para establecer la culpabilidad del acusado.

En el excelente trabajo de Leonard W. Levy dedicado a los orígenes del juicio por jurados en el que se explican los antecedentes que acabo de referir ¹¹, se distingue claramente el modelo de procedimiento acusatorio surgido con esa forma de juzgamiento y se consigna una observación importante: la característica distintiva del modelo acusatorio era el consen-

¹¹ Conf. LEVY, Leonard W., *The Palladium of Justice: Origins of Trial by Jury*, Chicago, 1999, ps. 187-22.

miento del acusado, la que no resultaría desvirtuada, según este autor, por el hecho de que muchas veces se lo inducía por coacción. Con esa observación surge una perspectiva distinta de la que proponía en la nota "El juicio por jurados: ¿derecho u obligación?". La práctica de la *prime forte et dure*, a la que me referí en ese trabajo, con la que se torturaba a los acusados hasta lograr que se sometieran al juzgamiento por los jurados, me sugirió contrastarla con lo ocurrido siglos después, cuando ese modo de enjuiciamiento fue reclamado como prerrogativa por los revolucionarios independentistas norteamericanos. Levy propone una mirada distinta del mismo hecho; tomando en cuenta que lo que se inducía por la coacción no era el reconocimiento de culpabilidad sino, simplemente, el manifestarse frente a la imputación de manera de permitir el juzgamiento —se trataba de obtener de su parte un *péu*, o sea, una declaración de culpabilidad o inocencia— con lo cual, entiende, se consagraba el principio de que el juicio respondía a la voluntad del acusado y también, sostiene, el de que el más terrible delincuente tenía derecho a un juicio. Refiere igualmente Levy que la alternativa de sustrarse al combate fue acordada no sólo al denunciante sino también al denunciado. Cuando se iniciaba el procedimiento por vía de una acusación privada, aquel podía invocar que se trataba de una denuncia inspirada por odio o malicia para buscar el amparo de la autoridad, el que debía ser gestionado por medio de una orden real escrita, en *writ*, que implicaba al mismo tiempo aceptar el veredicto de la asamblea vecinal. Se lo conocía como el *writ de odio et aive*. Fue establecido en el reinado de Enrique II y se lo otorgaba contra pago de un arancel. Posteriormente se denominó *writ of life and limb* y la Carta Magna de 1215 lo hizo gratuito ¹².

Con la observación de Levy que acabo de referir no se desvirtúa la que yo había hecho en cuanto a la existencia de un contraste entre lo que acontecía en el medioevo y lo que habría de ocurrir siglos después. Lo que surge a partir de esa observación es un diferente enfoque del mismo hecho histórico que corrobora que, también en sus orígenes, el juicio por jurados era algo concerniente a los derechos del acusado y que a él le correspondía aceptarlo o no.

III. EL ANTECEDENTE DE LOS ESTADOS UNIDOS

El antecedente que más interesa al intérprete de nuestra Constitución es, claro está, el de los Estados Unidos, heredero de la tradición del *common law* inglés. El reconocimiento del carácter de garantía renunciable del juicio

¹² Conf. Levy, L. W., *The Peabody* . . . cit., p. 1213.

por jurados fue establecido en un precedente de la Corte Suprema que data del año 1930 en el que, también, se abordó con detenimiento el marco histórico de la cuestión. En el caso "Patton v. United States", resuelto el 14/4/1930¹², se entendió legítima la renuncia hecha por el acusado a ser juzgado por un jurado de doce personas, fundándola en una prolija revisión de precedentes y en un análisis histórico que toma en cuenta, en particular, el contexto en que fueron adoptadas las cláusulas de la Constitución estadounidense que se refieren al punto. Aunque en apariencia en ese caso se planteó una cuestión distinta —la de la admisibilidad de un jurado de sólo once y no doce integrantes— está claro que se discutía sobre la renuncia al juicio por jurados en sí mismo ya que el tribunal daba por descontado que el único jurado válido como tal era el de doce personas. La doctrina del fallo no puede entenderse alterada por la circunstancia de que, con posterioridad, la Corte hubiese variado su criterio acerca de la exigencia de los doce integrantes¹³. La cuestión crucial abordada en "Patton", según se la enuncia en el voto del juez Sutherland, compartido por la mayoría de la Corte, está expresada en estos términos: "Las disposiciones constitucionales referidas al juicio por jurados ¿aimen por consecuencia establecer un tribunal que forme parte de la estructura del gobierno o solamente garantizan al acusado el derecho a esa forma de juicio?". La respuesta es concluyente en el sentido de esta última disyuntiva.

Ese criterio es el que fue criticado por Mario Magariños, en su voto como juez en un recordado precedente en el que se puso en cuestión la constitucionalidad de la ley que autorizó el juicio abreviado en los tribunales nacionales (ley 24.825). La postura del magistrado, contraria a la admisibilidad de la abreviación del juicio, se sustentó, entre otras cosas, en el carácter indeclinable que atribuye al juicio por jurados establecido en la Constitución Nacional. Al polemizar con él, en la nota "El juicio por jurados ¿derecho u obligación?"¹⁴ cuestioné sus críticas al fallo "Patton" a las que llegué a calificar de aventuradas. Aunque sigo convencido de que la interpretación propiciada por Magariños es errónea debo, sin embargo, desdormirme del calificativo de aventuradas y admitir, en prenda de honestidad, que también otros autorizados autores han objetado el criterio de la Corte estadounidense.

¹² "Patton v. United States", 261 U.S. 276.

¹³ La Corte admitió, en 1970, la legitimidad de un jurado de seis integrantes ("Williams v. Florida", 399 U.S. 78) y en 1978 modificó en cambio que el número podría reducirse a cinco ("Ballew v. Georgia", 437 U.S. 221).

¹⁴ Citado supra nota 3.

Abel Reed Amar, en su obra *The Bill of Rights*, sostiene que la incorporación de la sexta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que es la que habla del “derecho” al juicio por jurados y que, según la Corte en “Patton”, complementa lo establecido en el art. III que habla de “todos los juicios criminales”, obedeció al propósito de garantizar el derecho a ser juzgado por un jurado del “distrito” en el que se cometió el delito, de donde sigue que el derecho renunciable para el enjuiciado es el de tener un jurado del “distrito”. No había consagrado, en cambio, el derecho a renunciar al jurado en sí mismo. En palabras de Amar: “eso demuestra una vez más que el juicio por jurados no siempre fue simplemente un derecho individual sino también una institución de localismo y soberanía popular”¹⁶. Este autor objeta el criterio establecido en “Patton” y se atiene a un fallo anterior del mismo tribunal, de 1898 que, según afirma, habría sido dejado de lado por la Corte con el fácil argumento de que trataba el punto como simple acotación. De todos modos, los puntos de vista de Amar en el sentido de que el único derecho renunciable para el acusado es el de ser juzgado por un jurado “del distrito” pero no el de ser juzgado “por un jurado”, son especulativos y no descartan la posibilidad de renunciar al jurado por la vía del reconocimiento de culpabilidad o *guilty plea*.

El otro autor que ha tratado recientemente la cuestión en el aspecto histórico, Leonard W. Levy, a diferencia de Amar, rescata en todo momento la índole de garantía que tienen las disposiciones concernientes al jurado, respecto de los derechos del acusado. Sus referencias a los antecedentes del texto constitucional estadounidense son bien ilustrativas. Menciona, por ejemplo, el documento conocido como *Massachusetts Body of Liberties*, de 1641, que se considera como la primera Constitución del estado de Massachusetts, en el que se autorizaba al acusado a elegir entre ser juzgado por jueces o por jurados. Lo mismo que el Congreso Continental de 1774 cuya Declaración de Derechos aludía a la “grande e inestimable prerrogativa de ser juzgado por sus pares del vecindario” (*the great and inestimable privilege of being tried by their peers of the vicinage*). También menciona la Declaración de causas y necesidad de acudir a las armas de 1775 en la que igualmente se alude al juicio por jurados como inestimable prerrogativa. Y, por supuesto, finalmente, la Declaración de la Independencia en la que el Congreso nombró al rey de Inglaterra Jorge III “por privarnos (a los colonos), en muchos casos del beneficio del juicio por jurados”¹⁷.

¹⁶ Amar, Reed, *Amar, The Bill of Rights*, Yale University Press, 1998, p. 110/110B.

¹⁷ Levy, L. W., *The Reluctant...*, op. cit., p. 70, 88 y 89.

En cuanto al fallo de la Corte estadounidense de 1898 invocado por Amar, difícilmente puede admitirse que haya fijado un criterio distinto al de "Patton". La cuestión tratada en ese caso era, principalmente, la de la irretroactividad de la disposición contenida en la Constitución del estado que permitía el juicio por ocho personas y no por el jurado de doce. La alusión al carácter indeclinable del derecho del acusado aparece en la transcripción de un fallo anterior en el que se discutía sobre el derecho a estar presente en el juicio. Por otra parte, aun los términos en que está concebido el fallo de 1898 resultan ambiguos y dan pie también a la conclusión contraria. Se alude en él al derecho a no ser privado de libertad sin el veredicto de un jurado y se lo califica como un derecho sustancial que le pertenecía al acusado (*it was his constitutional right to demand that his liberty should not be taken from him except by the joint action of the court and the unanimous verdict of a jury of twelve persons... To hold that a state could deprive him of his liberty by the concurrent action of a court and eight jurors would recognize the power of the state not only to do what the United States, in respect of Thompson's crime, could not, at any time, have done by legislation, but to take from the accused a substantial right belonging to him when the offense was committed*)¹⁸ (la cursiva es nuestra).

La doctrina de "Patton", aunque indudablemente es la vigente en la jurisprudencia norteamericana y la que se indica en los textos de la materia¹⁹, debe ser objeto de una salvedad. La ley federal y las leyes de varios estados, al contemplar expresamente la renuncia al jurado que puede efectuar el acusado, le imponen como requisito que tenga también el consentimiento del fiscal o la aprobación del tribunal o, como ocurre con la ley Federal, ambos requisitos. Con relación a esta última, contenida en las Reglas Federales de Procedimiento Criminal²⁰, la Corte Suprema consideró constitucionalmente válida la norma sin perjuicio del derecho reconocido al acusado de renunciar al jurado. Ese derecho, entendido, no implica el correlati-

¹⁸ *Thompson v. State of Utah*, 170 U.S. 343 (era su derecho constitucional realista que no fuese privado de su libertad excepto por la acción conjunta del tribunal y el veredicto unánime de un jurado de doce personas... Admitir que un estado pueda privarlo de su libertad por la acción concurrente de un tribunal y ocho jurados equivaldría a admitir que el estado no solo tendría una atribución para hacer lo que el estado federal en ningún caso hubiera podido hacer por vía de legislación con respecto al delito de Thompson, sino también privar al acusado de su derecho sustancial de que le perteneciera intacto el delito que cometió).

¹⁹ En lo que concierne, por ejemplo, un texto clásico de derecho procesal penal como el de Le Floc'h, *French Criminal procedure*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1985, pp. 811-832.

²⁰ *Federal Rules of Criminal Procedure*, "Los casos que requieren ser juzgados por jurado serán juzgados de cualquier manera a menos que el tribunal renuncie por escrito al juicio por jurado con la aprobación del tribunal y el consentimiento del gobierno" (Rule 23 [a]).

vo de ser juzgado por un juez profesional. El presidente de la Corte, el prestigioso juez Warren, expresando la opinión del tribunal, reflexionó que: "La Constitución reconoce un sistema acusatorio como método apropiado para determinar la culpabilidad, y el Gobierno, como litigante, tiene interés legítimo en procurar que los casos que considera merecedores de condena sean juzgados ante el tribunal que la Constitución contempla como el más inclinado a producir un resultado justo"¹⁹.

Es indudable que ese interés puede estar en pugna con el derecho del acusado a la renuncia y su reconocimiento desvirtúa de alguna manera el fundamento primigenio de ese derecho: el resguardo frente a las atribuciones de la autoridad. Tan sólo la consideración final de Warren tiende, al parecer, a morigerar la evidente incompatibilidad de ambas prerrogativas. Aclara el presidente de la Corte que la convalidación de la norma federal parte de la base de que un fiscal federal no es un litigante común y que cabe desechar la hipótesis de que fuera a reclamar un juicio por jurados por motivos inobles. La ingenuidad de la consideración resulta luego un tanto mejor explicada con lo que parece ser una salvedad de la salvedad: pueden existir razones que justifiquen la opción del acusado de no someterse a un jurado. Tales serían, por ejemplo, las pasiones, prejuicios o sentimientos del público. No, en cambio, el simple propósito de acelerar el trámite procesal que era lo único argumentado en el caso "Singer". De manera entonces que la doctrina de la Corte a partir de ese caso puede ser interpretada en el sentido de que reconoce el derecho del imputado consagrado en la jurisprudencia anterior pero lo circunscribe notablemente al hacerlo depender de que existan razones que justifiquen la renuncia al jurado. Esto, claro está, con referencia a la validez de los condicionamientos que una ley puede imponer a esa renuncia pero sin desconocer que esta última es, de conformidad con el texto constitucional, atribución del inculpa-do.

IV. LA CUESTIÓN SUBSTANCIAL

Concluyo, entonces, el aporte de datos históricos, con la observación de que el jurado en el que se inspiran las disposiciones respectivas de la Constitución Nacional tuvo, en sus orígenes, tanto en la carta estadounidense como en el derecho común de Inglaterra o en el antiguo derecho romano, el significado de una prerrogativa individual cuyo ejercicio implicaba, de algún modo, un resguardo frente a la autoridad del gobierno. Consecuente, sin embargo, con la advertencia efectuada al comienzo de la incursión

¹⁹ "Singer v. United States", 380 U.S. 24 (1965), transcrita de 380 U.S. 36.

histórica, debo dejar en claro que esa comprobación de ningún modo implica un argumento concluyente en cuanto al punto de vista que sostengo. Sólo sirve para explicar mejor el significado de ese punto de vista. Los hechos sociales, como ya he dicho, están configurados en muchos casos con tergiversaciones de lo que pudieron ser en sus orígenes. El significado primigenio de una institución social es frecuente que quede desvirtuado, cosa que en el caso de que se trata ocurriría al establecerse una aplicación obligatoria, contra la voluntad de aquel en cuyo resguardo fue creada. La hipótesis no es descabellada y, de hecho, existen opiniones que la respaldan y ordenamientos jurídicos que la establecen.

Dejadas de lado, entonces, las argumentaciones que se basan en una interpretación histórica, y prescindiendo igualmente de circunscribir la polémica a una discusión siempre opinable sobre el alcance literal de los textos, el verdadero debate que interesa plantear es el referido a las razones sustanciales que abonan una y otra postura. De lo que se trata, en definitiva, es de evaluar cuál es el resultado preferible o, si se quiere, hacer una interpretación teleológica ponderando las finalidades a obtener con uno u otro de los dos alternativos en juego. En otras palabras, lo que importa es optar entre el interés colectivo en una determinada modalidad de ejercicio del poder y el interés individual en conservar un resguardo frente al poder. En un caso habremos de entender las disposiciones relativas al jurado como inherentes a la parte orgánica de la Constitución, de la misma índole que las que establecen, por ejemplo, la composición bicameral del Poder Legislativo que, obviamente, no son renunciables ni añaden a ningún individuo en particular. En el otro caso estaremos frente a una garantía individual de la misma índole que el derecho a no autoincriminarse que sólo puede ser ejercido o declinado por aquel a cuyo favor se lo reconoce.

Planteadas de ese modo la cuestión es indudable que ella pone en juego el basamento mismo del sistema punitivo. De cuáles sean las metas que se entiendan perseguidas por ese sistema dependerá la preferencia por una u otra alternativa. Si nos atenemos, por ejemplo, a la prolija recorrida de los avatares del pensamiento penal que propone una obra reciente como la de Zaffaroni, Alagia y Stokar, la finalidad del derecho penal mismo se sintetiza finalmente, luego de verificar lo que estos autores llaman la genealogía, la decadencia y el impulso pensante, como la limitación y contención del poder punitivo en miras a minimizar la selectividad y la violencia que son universalmente inherentes al ejercicio de ese poder²². Por consiguiente, alfo-

²² Zaffaroni, Edoardo R. - Alagia, Alejandro - Stokar, Roberto. *Derecho Penal. Parte general*. Ed. Ediar. Buenos Aires, 2000, p. 363.

do por mi parte, la opción debería inclinarse en favor del sujeto sobre el que se ejerce el poder punitivo y no de la sociedad —democráticamente organizada o no— que lo ejerce. En suma, la elección del modo de enjuiciamiento tiende a minimizar la selectividad y la violencia del castigo penal si se la deja en manos del enjuiciado mientras que, por el contrario, puede volverse peligrosamente violenta y discriminatoria si queda en manos de la sociedad y, por ende, en las de quienes ejercen el poder en nombre de ella, por más que estos últimos lo representen de la manera más democrática que cabe.

Entretanto coincidente con ese punto de vista, Luigi Ferrajoli, quien mejor ha expresado el significado de las garantías penales atribuyéndoles la función de deslegitimar la potestad punitiva, propone, como finalidad del derecho penal, la protección del más débil, considerando que esa rama del derecho es, al mismo tiempo, un instrumento de prevención de delitos y una técnica de minimización de la violencia y del arbitrio en la respuesta al delito²³. El mismo Ferrajoli, en un artículo publicado en 1982, puntualizaba ya que el constitucionalismo moderno introdujo un cambio revolucionario en la naturaleza misma de la democracia al trascender de las normas formales que disciplinan los poderes públicos y consagrar principios y derechos fundamentales que garantizan una "democracia sustancial"²⁴. Destaca de ese trabajo del autor italiano el párrafo siguiente: "*Desde esta perspectiva, el Estado de Derecho precede a la democracia política, no sólo históricamente, en el sentido que nace con las monarquías constitucionales antes que con la democracia representativa, sino también axiológicamente, en el sentido que es un conjunto de límites y vínculos a la misma democracia política*"²⁵.

Consecuente con esto último, Ferrajoli efectúa una afirmación importante para la disyuntiva que nos ocupa: sostiene que el juez no necesita contar con el consenso de la mayoría pero que, en cambio, es imprescindible que cuente con la confluencia del imputado ya que, advierte, éste (el imputado) es: "... fundamentalmente expresión no de la mayoría, sino de minorías más o menos marginadas y siempre en conflicto con el interés punitivo del Estado y sus expresiones políticas". Aunque las fundamentaciones que invoca en consonancia con esa idea están referidas a las recusaciones amplias y sin necesidad de expresar causa de los jurados populares —el mismo Ferrajoli lo advierte al

²³ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y acción. Teoría del garantismo penal*, 2ª ed., trad. F. A. Balleo y otros, Trilce, Madrid, 1990, pp. 92, 338, 346.

²⁴ Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, trad. Florencia Belski y Oscar Marín, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, pp. 164-165.

²⁵ Ferrajoli, L., *El garantismo...*, cit., p. 174.

citar en respaldo de su punto de vista a los autores clásicos italianos: Beccaria, Filangieri, Pagano, Carrara, Luchini y Pessina—, este autor entiende que esa necesidad de consenso se satisface con la posibilidad de recusación de los jueces profesionales que debe ser tan amplia cuanto fuera posible para el acusado y, asimétricamente, en cambio, estrictamente acotada para el acusador ²⁶. Con mayor razón, añado por mi parte, los mismos motivos que explican la amplitud y la asimetría, es decir, la pertenencia frecuente de los imputados a minorías marginadas, explican también la conveniencia de que se les brinden todas las opciones posibles: la de recusar jueces o jurados y también la de sustraerse a los consensos mayoritarios que cabe esperar sean expresados por un jurado popular. En otras palabras, la violencia y la selectividad del sistema se morigeran cuando el destinatario de ellas tiene posibilidad de elegir en qué sector de la sociedad habrá de reclutarse el tribunal que debe juzgarlo, incluyendo el de una oligarquía profesional presumiblemente ilustrada, y el de una representación popular seguramente expresiva de los criterios de la mayoría.

Aunque, en definitiva, la confianza en el juzgador postulado por Ferrajoli, en el caso de sectores marginales, es una aspiración difícil de alcanzar, resulta de gran importancia que existan cuantas alternativas sean posibles para lograrla. A pesar de que esa opción de alternativas pueda conducir a que el jurado popular sólo llegue a ser convocado en muy reducido número de casos, igual se satisface con ella el propósito garantizador de que se trata. Del mismo modo que suele ser frecuente que los imputados declinen del derecho a guardar silencio porque entienden más conveniente hablar y exponer sus descargos, es muy probable que también el derecho a ser juzgado por jurados sea declinado y que los imputados o sus defensores encuentren más favorable el juzgamiento de un tribunal profesional permanente. Esa verificación, sin embargo, no resulta significativo a una y otra garantía. Basta que uno entre muchos quiera valer-se de ellas para que sea necesario que estén consagradas.

En síntesis, entonces, para dejar claro mi punto de vista debo decir que, en la disyuntiva de establecer el juicio por jurados como una modalidad orgánica de ejercicio del Poder Judicial o como una garantía del enjuiciado, me inclino decididamente por esta última. La perspectiva histórica de los orígenes del instituto, si bien no constituye una razón concluyente, da cuenta clara de ese funcionamiento garantizador que creo preferible. La idea de un derecho penal limitador del poder punitivo, por su lado, explica la preferencia.

²⁶ Pessina, *Leggi, Diritto e reato...*, cit. pp. 246 y 281-282, y nota al pie 180 y 181 cit. pp. 833-836.

V. *Argandoña*: LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA COMO FENÓMENO CULTURAL
Y LA COMUNICACIÓN MASIVA

El tema de la participación de ciudadanos legos en el proceso de enjuiciamiento criminal puede ser visto desde la perspectiva de un fenómeno cultural. Bajo ese enfoque está claro que el jurado es una especie perteneciente a un género mucho más amplio. El clásico modelo anglosajón de doce integrantes, el tribunal mixto de los países de Europa Occidental, integrado con escabinos, el tribunal compuesto con asesores populares de los países de Europa del Este, y las cortes de Magistrates de Inglaterra y Gales compuestas en su gran mayoría por jueces de paz legos, son modalidades de participación ciudadana lo mismo que muchas otras aparentemente más primitivas.

En un estudio comparativo y político de los tribunales de culturas muy diversas, Martín Shapiro proporciona ejemplos de la afirmación anterior¹⁷. La costumbre del juzgamiento por los jefes del grupo social o por colegios de asesores o de ancianos, actuando en forma pública y rodeados por el conjunto de la población en actitud de franca participación, señala este autor, no es característica solamente de organizaciones tribales; además de empleársela por los pueblos germanos, era la modalidad adoptada por los tribunales de la China imperial doscientos años antes de la era cristiana. La regla establecida para los jueces en este último caso era que debían prestar atención a las manifestaciones del público¹⁸. Por cierto que también forma parte de esta especie de prácticas la del linchamiento, modalidad que no obstante ser la negación de todo procedimiento legal, constituye una forma pura de participación popular en el enjuiciamiento de los casos criminales¹⁹.

Establecida, entonces, esa premisa, es decir la de la amplitud del fenómeno cultural de que se trata, surge una segunda proposición: la de la universalidad de ese fenómeno. Lo que quiero afirmar es que todas las culturas, en todos los lugares y en todos los tiempos, las de la historia más antigua, las relevadas etnográficamente o las de las sociedades actuales, conocen alguna forma de participación popular en el enjuiciamiento criminal. Esa afirmación, aparentemente, estaría en contradicción con lo que ocurre en la

¹⁷ Shapiro, Martín. *Courts: A comparative and political analysis*, The University of Chicago Press, 1981.

¹⁸ Shapiro, M., *Op. cit.*, p. 57 y 174.

¹⁹ Según la *Enciclopedia Británica*, a la práctica surgida durante la Revolución Americana, cuyo nombre deriva del pariente Charles Lynch, se dieron equiparar, entre otros, como costumbres de diversa índole de las Indias inglesas, las de ciertos países germanos del medievo y las de la Santa Hermandad en España (ed. 1984-1988, var. 1984/87).

Argentina donde, no obstante el claro mandato constitucional, no se ha establecido el juicio por jurados y tampoco está contemplada ninguna forma de participación ciudadana en la administración de justicia ³⁰. La aparente contradicción quedará aclarada con un ejemplo.

No hace muchos años tuvo lugar un caso que conmocionó a prácticamente toda la población: el asesinato de una adolescente en la provincia de Catamarca, con el que estaban vinculados personajes influyentes de la política local ³¹. El juicio se inició en marzo de 1996 y concitó la atención pública que fue siguiendo sus alternativas, no solamente a través de los medios periodísticos, sino también con la transmisión en directo por las cámaras de televisión. Al cabo de unos cuantos días de audiencia, el tribunal de tres jueces profesionales que entendía en el caso consideró inconveniente que así fuera y resolvió prohibir las transmisiones. Eso dio lugar al reclamo indignado de la población que se expresó, entre otras formas, por medio de manifestaciones callejeras en distintos lugares del país, algunos de ellos, como ocurre con la ciudad de Buenos Aires, distantes a más de mil kilómetros de Catamarca. Tanto fue la presión de la opinión pública que apenas transcurridas veinticuatro horas de la resolución prohibiendo las transmisiones, la máxima autoridad judicial de la provincia, la Corte Suprema de Catamarca, tomó intervención y ordenó reanudar las transmisiones. Al día siguiente de esto renunció el presidente del tribunal que había ordenado la suspensión obligando a un nuevo juicio que recién pudo celebrarse más de un año después con otros jueces integrando el panel ³².

La reflexión que sugiere ese episodio me parece evidente: la sociedad nunca permanece ajena al proceso de enjuiciamiento de aquellos casos que la conmueven. Su influencia en los juicios criminales, es decir los que se refieren a los delitos más graves, es inevitable. Puede tener lugar de una u otra manera. Por ejemplo, puede canalizarse de una manera institucionalizada: con jurados, escabinos, asesores populares u otras variantes de esa índole. O puede traducirse en formas bastante caóticas: con los vitores y abucheos de la asamblea que rodea a los jueces, con linchamientos, o con manifestaciones callejeras que imponen la presencia de los medios

³⁰ Salvo, claro está, algunas incipientes excepciones, como la de los escabinos que pueden otorgarse al tribunal en la provincia de Córdoba.

³¹ Fue víctima del hecho María Soledad Mendi, y hubo dos acusados contra los que existían únicamente pruebas indiciarias.

³² Puede consultarse la información acerca de todos estos acontecimientos en el *suplemento* No 100 de la ciudad de Buenos Aires. En las ediciones de los días 30 de marzo, 1.º, 2.º y 3.º de abril de 1996 ocupó los titulares principales de la primera página del diario, lo que da una idea de la trascendencia que había cobrado el asunto.

masivos de comunicación en la audiencia. Es claro que se trata de dos modalidades bien distintas, una formalmente establecida y organizada y otra espontánea y primitiva. De allí entonces la explicación de la aparente contradicción: se puede afirmar la universalidad del fenómeno participativo como género al mismo tiempo que se niega la presencia de una de sus especies, la de la participación institucionalizada. Es esta última la que puede verificarse en países como la Argentina en los que la participación no tiene ningún reconocimiento legal: se expresa de manera inadvertida, en algunos casos, hasta se diría subrepticia.

Hay además un aspecto del caso ocurrido en Catamarca que tiene que ver con algo que es a la vez una característica indiscutida de las sociedades actuales: la tremenda injerencia de los medios masivos de comunicación en todos los órdenes de la vida, pública y privada, de los que no es excepción, sino al contrario, claro ejemplo, lo que ocurre —y posiblemente ocurrirá cada vez más— en los procesos criminales. Al considerar esa cuestión vale la pena comparar otro ejemplo, el del caso ocurrido en California, conocido mundialmente, de O. J. Simpson, que data, aproximadamente, de la misma época que el de María Soledad Morales en Catamarca.

Se trata indiscutiblemente, el de Simpson, de un caso paradigmático en lo que concierne a la injerencia de los medios masivos que inundaron las pantallas de la televisión por cable del mundo entero con las audiencias diarias que se desarrollaron durante varios meses. Lo que interesa señalar de ese caso no tiene que ver con el acierto o desacierto de las conclusiones del jurado ni con la conducción del trámite por el juez ni con las actitudes de los abogados de una y otra parte. Lo que importa destacar es la circunstancia de que el veredicto final de inocencia haya contrariado a la gran mayoría de la opinión pública estadounidense que estaba convencida de la culpabilidad del acusado¹¹. Acertada o equivocada, convencida por sí misma o por la prédica incessante de los medios, lo cierto es que la opinión pública en ese caso no consiguió torcer la voluntad de apenas doce individuos. La comparación con el episodio de la prohibición de transmisiones del juicio de María Soledad Morales muestra, entonces, un contraste bastante evidente. En este último caso, al revés del de Simpson, la opinión pública consiguió prevalecer de manera contundente. El criterio de los tres jueces profesionales que decidieron una cuestión meramente incidental sobre el

¹¹ Alan Dershowitz, uno de los integrantes del equipo de abogados defensores de Simpson, en su libro *Reinventing the wheel*, publicado en 1996, presentando justicia el veredicto de inocencia, admite como proceso que la presión pública era absolutamente determinante y su conclusión (Simon & Schuster, p. 124).

desarrollo de las audiencias, cualquiera sea su acierto o desacierto, resultó revocado por decisión inapelable de la opinión pública expresada a través de las manifestaciones callejeras.²⁴

La consecuencia que sigue de eso me parece bastante evidente. La influencia de los medios masivos de comunicación en la administración de la justicia criminal es mucho mayor donde no está prevista ni reglamentada la participación ciudadana. Frente a ella y como único resguardo posible de sus extralimitaciones, es especial para quienes pertenecen a minorías marginadas, se torna imperioso reglamentar esa participación como una garantía que brinde, al menos, la posibilidad de contrarrestarlas.

²⁴ Según las noticias periodísticas publicadas y no documentadas, la Corte Suprema de Casamaca se habría reunido especialmente en día domingo, es decir en feriado, para intervenir por el voto de mayoría.